



07.02.2018 kontrollakt nr 12.2-4/19
riigihangete teostamise kontrollimise kohta
Elering AS-is

Kontrollimise alus:	Rahandusministeeriumi 25.10.2017 kiri nr 12.2-4/4-1
Kontrolliobjekti nimetus:	Elering AS
Kontrolliobjekti registrikood:	11022625
Kontrolliobjekti juhtide nimed:	juhatuse esimees Taavi Veskimägi
Kontrollitav ajavahemik:	01.01.2016 – 31.12.2016
Kontrolli käigus andis selgitusi:	juriidilise talituse juhataja Karin Täär

1. Kontrollimise eesmärk ja ulatus

- 1.1. Kontrollimisele kuulus Elering AS-is (edaspidi ka Hankija) riigihangete läbiviimisel (kuni 31.08.2017) riigihangete seaduses (edaspidi RHS) sätestatud nõuetest kinnipidamine ajavahemikul 01.01.2016 – 31.12.2016.
- 1.2. Kontrollimise eesmärgiks oli muuhulgas tuvastada: kas Hankija on enne hanke- ja raamlepingute sõlmimist viinud läbi nõuetekohased riigihankemenetlused (lihthanked ja hankemenetlused); kas Hankija on riigihanke osadeks jaotamisel järginud riigihanke osadeks jaotamise korda (osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel kohaldatakse kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda); kas hankelepingute sõlmimine ja muutmine on toimunud nõuetekohaselt; kas hankija on järginud riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid.
- 1.3. Kontrollitaval ajavahemikul on Hankija kajastanud riiklikus riigihangete registris (edaspidi ka eRHR) kokku 112 riigihanget, millest hankijate hankekogemusest lähtuva kategoriseerimise põhjal moodustatud juhuvalimi meetodit kasutades võeti järelevalvemenetluses eRHR-i põhiselt kontrollimisele kolmkümmend neli (34) riigihanget:
 - 1.3.1. Kolm avatud hankemenetlust (RH viitenumberid 170615, 173422, 181338);
 - 1.3.2. Üks ideekonkurss (RH viitenumber 172629);
 - 1.3.3. Kakskümmend viis lihthanget (RH viitenumberid 172127, 172150, 180930, 171973, 179282, 179357, 176154, 176278, 178865, 175648, 180797, 174582, 176028, 173161, 180793, 172122, 174644, 176508, 173977, 175589, 176414, 170207, 174828, 170253, 170731);
 - 1.3.4. Üks lihtsustatud korras tellitav teenus (RH viitenumber 179236);
 - 1.3.4. Neli väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlust (RH viitenumberid 175116, 175389, 181088, 174586).

- 1.4. Hankija poolt 2016. aastal alustatud 111-st riigihankest ainult 2-s riigihankes oli esitatud vaidlustus riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi ka VAKO). Seega vaidlustuste protsent moodustab Hankija 2016. aasta riigihangetest 1,8%, kusjuures ühtegi vaidlustust vaidlustusmenetluses ei rahuldatud:
- 1.4.1. Ehitustööde lihthankes "Kullamaa 110kV alajaama renoveerimine" (RH viitenumber 180823) esitatud vaidlustus kui põhjendamatu jäeti VAKO 09.03.2017 otsusega nr 26-17/180823, vastavalt RHS § 126 lg 1 p-le 4, täies ulatuses rahuldamata.
- 1.4.2. Ehitustööde väljakuulutamisetähtaegade tähtsusega hankemenetluses "Karksi maagaasi mõõdejaama projekteerimis- ja ehitustööd" (RH viitenumber 176942) esitatud vaidlustus jäeti VAKO 25.08.2016 otsusega nr 189-16/176942 läbi vaatamata ja tagastati vaidlustajale, vastavalt RHS § 122 lg 3 p-le 5, sest hanketeate muutmiseiga kõrvaldas Hankija vaidlustuse aluseks olevad õigusrikkumised.
- 1.5. Elering AS-i hanketegevusega seoses ei ole 2016. aastal Rahandusministeeriumile juhtumipõhise järelevalvemenetluse läbiviimiseks märgukirju (järelevalveteateid) esitatud.
- 1.6. Majandustehingute teostamisel, sh. maksumuselt riigihanke ja lihthanke piirmäärasid ületavate hankelepingute sõlmimisel, RHS-is sätestatud korrast kinnipidamist on kontrollitud Elering AS-i 2016. aasta ostuarvete, raamatupidamisprogrammi väljavõtete, eRHR-is avaldatud andmete ning Hankija enda poolt edastatud dokumentide ja kontrollvisiidi käigus antud selgituste alusel.
- 1.7. Käesolevas kontrollaktis esitatud Hankija soetuste maksumused on märgitud ilma käibemaksuta.
- 1.8. Kontrollvisiit hankija juures toimus 22.12.2017.
- 1.9. Kontrollakti projekt edastati Hankijale tutvumiseks ja vastuväidete esitamiseks 01.02.2018. Hankija teatas 07.02.2018, et on kontrollakti projekti läbi töötanud, ning kinnitas, et Elering AS-il puuduvad kontrollakti projekti suhtes kommentaarid.

2. Riigihangete seaduses sätestatud korrast kinnipidamise kontrollimine

2.1. Hankijaks määratlemine

Kontrollitaval ajavahemikul (01.01.2016-31.12.2016) kehtinud RHS § 10 lg 1 p 6 sätestas, et käesolevas seaduses sätestatud korda on kohustatud järgima muu hulgas eraõiguslik juriidiline isik, mis vastab RHS § 10 lg-s 2 sätestatud tunnustele.

RHS § 10 lg 2 kohaselt on hankija RHS § 10 lg 1 p 6 tähenduses eraõiguslik juriidiline isik: (p.1) mis on asutatud eesmärgiga täita või mis täidab põhi- või kõrvaltegevusena ülesannet avalikes huvides, millel ei ole tööstuslikku ega ärilist iseloomu, ja (p.2) mida põhiliselt rahastavad või mille juhtimis-, haldus- või järelevalveorgani liikmetest rohkem kui poole määravad või mille juhtimist muul viisil kontrollivad koos või eraldi RHS § 10 lg 1 p-des 1-5 või teised p-s 6 nimetatud isikud või mõne muu Euroopa Majanduspiirkonna lepinguriigi vastavad isikud. Seega on RHS § 10 lg 2 p-des 1 ja 2 kumulatiivsetele tunnustele vastav äriühing avaliku sektori hankija ehk tavahankija RHS § 10 lg 1 tähenduses.

RHS § 10 lg 3 kohaselt tegutsemisel RHS §-des 83–89 nimetatud valdkondades on hankija RHS tähenduses ka: 1) isik, kellele on antud eri- või ainuõigus tegutseda §-des 83–89 nimetatud valdkondades; 2) äriühing, mille osa- või aktsiakapitalist rohkem kui poolt omavad või mille aktsiate või osadega esindatud häältel rohkem kui poolt valitsevad või mille juhatuse või nõukogu liikmetest rohkem kui poole määravad otseselt või kaudselt § 10 lg-s 1 nimetatud isikud või need isikud koos mõne muu Euroopa Liidu liikmesriigi vastavate isikutega.

Menetlusreeglite kohaldamine hankelepingu sõlmimisel sõltub hankija liigist ja vastav reeglistik on sätestatud RHS §-s 16. RHS § 16 lg 1 kohaselt tavahankija (RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija) ei ole kohustatud RHS-is sätestatud korrast kinnipidamist korraldama, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on väiksem kui riigihanke piirmäär.

RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija peab kohaldama hankelepingu sõlmimisel 2. peatükis sätestatud korda, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda. RHS § 16 lg 4 kohaselt võrgustikuhankija (RHS § 10 lg-s 3 nimetatud hankija) ei ole kohustatud RHS-is sätestatud korras hankemenetlust korraldama, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär. RHS § 10 lg-s 3 nimetatud hankija kohaldab 5. peatükis sätestatud korda, kui ta sõlmib hankelepingu, mille peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega §-des 83–89 nimetatud valdkondades ja hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületab seda. RHS § 16 lg-st 3 tuleneb, et RHS § 10 lg-s 1 nimetatud hankija võib kohaldada hankelepingu sõlmimisel 2. peatükis sätestatud korra asemel 5. peatükis sätestatud korda, kui ta sõlmib hankelepingu, mille peamine eesmärk on seotud tema tegutsemisega §-des 83–89 nimetatud valdkondades ja hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda.

Hankija legaalseaduse määratlemise sätestav RHS § 10 põhineb Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivide 2004/18/EÜ (nn klassikalise/tavahankija direktiiv ehk ülddirektiiv) art 1 lg-19 ning 2004/17/EÜ (nn võrgustikuhankija direktiiv ehk sektoripõhine direktiiv) art 2 lg-tel 2 ja 3 (vt. Riigihangete seadus. Eelnõu. 816 SE. Seletuskiri. Euroopa Liidu õigusallikate ja Eesti seaduse eelnõu võrdlustabel). Riigikohus on osundanud, et RHS-i tõlgendamisel võib olla asjakohane arvestada hankedirektiivide regulatsiooniga isegi siis, kui hankelepingu eeldatav maksumus ei ületa riigihangete rahvusvahelist piirmäära ning sellest johtuvalt ei kuulu riigihangete direktiivide reguleerimisalasse (vt. RKHKo 16.11.2011, nr 3-3-1-65-11, p 35). Asjaolu, et riigihankedirektiivi järgmine ei ole allapoole rahvusvahelist piirmäära jäävate riigihangete korral (piiriülese mõju puudumisel) kohustuslik, ei takista direktiivi arvestamist direktiivil põhinevate RHS-i asjaomaste sätete tõlgendamisel (vt. RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 14). Euroopa Liidu esmasest õiguses sisalduvast liikmesriikide lojaalsuse põhimõttest juhindudes, samuti arvestades EL-i õiguse ülimuslikkuse põhimõttega (vt. EKo 15.07.1964, C-6/64, *Costa vs. ENEL*), kehtib EL-i ja siseriikliku õiguse vahekorras ka kooskõlalise tõlgendamise nõue (vt. RKPJKm 26.06.2008, nr 3-4-1-5-08, p-d 31-32).

Eesti siseriiklik õigus põhineb riigihanke subjektide määratlemisel riigihankedirektiividel 2004/18/EÜ ja 2004/17/EÜ. Seega ehkki vaadeldaval perioodil kehtinud RHS ei liigitanud hankijaid sõnaselgelt avaliku ja võrgustikusektori hankijateks, on riigihangetealase regulatsiooni süsteemseks käsitluseks asjakohane lähtuda järgnevast direktiivipõhisest liigitusest: (i) *avaliku sektori hankijad* (RHS § 10 lg-d 1-2; 2004/18/EÜ art 1 lg 9) ja (ii) *võrgustikuhankijad* (RHS § 10 lg-d 1-3; 2004/17/EÜ art 2). Vahetegu tavahankijal ja võrgustikuhankijal on direktiivides funktsionaalne ega lähtu kitsalt isiku õiguslikust vormist. Nii laieneb direktiivi mõttes tavahankijale võrgustikusektoris tegutsemisel võrgustikuhankija reeglistik.

Direktiivi 2004/18/EÜ põhjenduspunkti 20 kohaselt vee-, energeetika-, transpordi- ja posti-teenuste ala ostjate sõlmitud ning vastavate valdkondade reguleerimisalasse kuuluvaid riiklikke lepinguid reguleeritakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. Direktiivi 2004/18/EÜ art 12 sätestab, et käesolevat *direktiivi ei kohaldata hankelepingute suhtes, mis on sõlmitud direktiivi 2004/17/EÜ alusel ühe või mitme kõnealuse direktiivi art-tes 3-7 nimetatud tegevusalaga tegelevate ostjate poolt ja nende tegevuste sooritamiseks*. Euroopa Kohus on selgitanud, olukorras, kus isik vastab samaaegselt hankija definitiivsetele tunnustele nii võrgustikudirektiivi kui ka ülddirektiivi mõistes, sõltub kohaldatavate menetlusreeglite valik sõlmitava hankelepingu peamisest eesmärgist: „*Hangete puhul, mida korraldab direktiivi 2004/17 või direktiivi 2004/18 tähenduses avalik-õiguslik isik ja mis puudutavad tegevusi, millega see ostja tegeleb ühes või mitmes direktiivi 2004/17 artiklis 3-7 nimetatud sektoreist, tuleb kohaldada selles direktiivis ette nähtud menetlusi. Kõik ülejäänud hanked, mida see organisatsioon korraldab seoses muude tegevustega, kuuluvad direktiivis 2004/18 ette nähtud menetluste kohaldamisalasse.*“ (vt. EKo 10.04.2008, C-393/06, *Ing. Aigner*, p 59).

Sarnaselt on tavahankija ja võrgustikuhankija reeglistiku omavahelise konkurentsi küsimuse lahendanud siseriiklikud kohtud. Kui isik vastab RHS § 10 lg-s 3 sätestatud klassikalise võrgustikuhankija tunnustele ning sõlmib hankelepingu seoses võrgustikusektoris tegutsemisega, tuleb selle isiku suhtes kohaldada võrgustikudirektiivi ning siseriiklikus õiguses lähtuda RHS § 10 lg-s 3 sätestatud hankija määratlusest.

Riigikohtu halduskolleegium on möönnud, et hankijaks määratlemine on keerukas õiguslik küsimus (RKHKm 15.11.2010, nr 3-3-1-57-10, p 20). Hilisemas kohtupraktikas on siiski selgitatud, et *üksnes juhul, kui selgub, et vaidlusalune leping ei kuulu võrgustikudirektiivi kohaldamisalasse (lepingut ei sõlmita võrgustikudirektiivis sätestatud tegevuste teostamiseks), tuleb täiendavalt analüüsida, kas tegemist võib olla tavahankijaga* (RHS § 10 lg 1), kes peab lepingu sõlmimisel järgima ülddirektiivi reeglistikku (vt. RKHKO 05.11.2012, nr 3-3-1-39-12, p 26). Riigikohus on seisukohal, et *küsimus sellest, kas klassikalise võrgustikuhankija tunnustele vastav isik vastab samaaegselt ka tavahankija definitsioonile, aktualiseerub vaid siis, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud võrgustikuvaldkonnas tegutsemisega* (vt. RKHKO 28.10.2013, nr 3-3-1-43-13, p-d 14-16). Eelöeldust on Tallinna Ringkonnakohus järeldanud, et kui hankija vastab nii RHS § 10 lg-s 1 sätestatud tavahankija kui ka RHS § 10 lg-s 3 sätestatud võrgustikuhankija tunnustele, siis käsitletakse teda võrgustikega seotud eesmärgil toimivas (riigi)hankemenetluses üksnes RHS § 10 lg-le 3 vastava hankijana (vt. TlnRKO 17.01. 2014, nr 3-13-2218, p 11).

Rahandusministeerium asus 29.11.2017 kontrollaktis nr 12.2-4/9 (Kuressaare Soojus AS) seisukohale (nõustudes eestikeelses erialakirjanduses (vt. Minumets, D.; Kulm, P. Riigihangete õigus. 2014, lk-d 133-135) toodud käsitlusega), et olukorras, kus isik vastab üheaegselt nii võrgustiku- kui tavahankija tunnustele, sõltub relevantne menetluskord sellest, kas hankeeseme peamine eesmärk on seotud hankija tegutsemisega võrgustikusektoris: (i) kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on seotud tava- ja võrgustikusektori hankija tunnustele vastava hankija tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb hankelepingu sõlmimisel lähtuda võrgustikuhankija piirmääradest ja reeglitest (RHS § 16 lg-test 4-5); (ii) kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk ei ole seotud tava- ja võrgustikusektori hankija tunnustele vastava hankija tegutsemisega võrgustikusektoris, tuleb hankelepingu sõlmimisel lähtuda tavahankija piirmääradest ja reeglitest (RHS § 16 lg-test 1-2). Seega isikule, kes vastab samaaegselt RHS § 10 lg 1 ja RHS § 10 lg 3 tunnustele, menetlusreeglite valikul RHS § 16 lg 3 ei kohaldunud, kui sõlmitava hankelepingu peamine eesmärk on seotud tegutsemisega võrgustikusektoris.

Äriregistrist nähtub, et 01.03.2016 ühinesid AS Võrguteenus Valdus, registrikood 12592030, ja Elering Gaas AS, registrikood 11197170, emaettevõttega ja sellest ajast Elering AS tegutseb nii elektri kui ka gaasi ühendüsteemihaldurina. Järelevalve teostajale on ilmselge, et Elering AS, tegutsedes elektrienergiaga seotud valdkondades RHS § 84 tähenduses (ja alates 01.03.2016 ka gaasiga seotud valdkondades RHS § 83 tähenduses), vastab RHS § 10 lg-s 3 sätestatud võrgustikuhankija definitsioonile. Elering AS (ja Elering Gaas AS) on ennast ise samuti käsitlenud võrgustikuhankijana.

Hankija selgituste kohaselt puudusid tal 2016. aastal tegevused ja soetused, mis ei olnud seotud RHS §-des 83-84 nimetatud valdkondades tegutsemisega. Kuna järelevalvemenetluse käigus ei ole ilmnenud, et Hankija oleks kontrollitaval ajavahemikul sõlminud hankelepinguid, mille peamine eesmärk ei olnuks seotud RHS §-des 83–89 nimetatud võrgustikuvaldkondades tegutsemisega, puudub Rahandusministeeriumil vajadus täiendavalt analüüsida, kas Elering AS vastas 2016. aastal lisaks RHS § 10 lg-le 3 samaaegselt ka RHS § 10 lg-s 1 sätestatud tavahankija tunnustusele.

2.2. Hankekord ja hankeplaan

01.01.2012 jõustunud RHS § 13¹ kohaselt pidi hankija kehtestama asutusesisese hankekorra, kui tema poolt ühes eelarveaastas planeeritavate asjade ja teenuste riigihangete (s.o summeeritult kõikide soetuste ja tellimuste) eeldatav kogumaksumus ületab 80 000 eurot või ehitustööde riigihangete eeldatav kogumaksumus ületab 500 000 eurot.

Hankekord pidi sätestama muu hulgas: (1) riigihanke planeerimise, sealhulgas iga-aastase hankeplaani koostamise ja kinnitamise korra ning tähtpäeva; (2) riigihanke eest vastutava isiku või isikud või nende määramise, sealhulgas hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramise; (3) allapoole RHS § 15 lg-s 3 nimetatud piirmäära jäävate riigihangete korraldamise korra, mis tagab RHS §-s 3 sätestatud riigihanke põhimõtete järgimise; (4) lihtsustatud korras tellitava teenuse tellimise korra.

2016. aastal reguleeris riigihangete korraldamist Elering AS-is lisaks seadusele RHS § 13¹ alusel juhatuse 03.11.2015 otsusega nr 62-14 kinnitatud "Hangete ja enampakkumiste läbiviimise kord" (edaspidi hankekord). Hankekord sätestas muu hulgas menetlusreeglid allapoole lihthanke piirmäära jäävate riigihangete läbiviimisele ja lihtsustatud korras tellitavate teenuste tellimisele. Samuti sisaldas hankekord korralduslikke regulatsioone riigihanke planeerimise, sh iga-aastase hankeplaani koostamise, ja hanke eest vastutava isiku määramise kohta.

Kuigi 2016. aastal kehtinud RHS selleks hankijaid otseselt ei kohustanud, oli Hankija hea hankepraktikana näinud hankekorrast ette ka korralduse võimalike huvide konfliktide deklareerimiseks (vt. ka Hankekordade analüüs: Näiteid heast ja halvast hankepraktikast. Rahandusministeerium, 2014, lk 28 jj).

Hankekorra punkti 5.5 järgi pidi Hankija kinnitama iga-aastase hankeplaani juhatuse otsusega hiljemalt jooksva kalendriaasta 15. veebruariks. Hankija esitas järelevalve käigus kontrollimiseks Elering AS-i juhatuse 09.02.2016 otsusega kinnitatud 2016. aasta hankeplaani.

Rahandusministeerium juhib Hankija tähelepanu vajadusele avaldada hankekord ja iga-aastane hankeplaan veebilehel. 01.09.2017 jõustus Riigikogus 14.06.2017 vastu võetud "Riigihangete seadus" (RT I, 01.07.2017, 1) (edaspidi ka RHS u.r), mille § 9 lg 4 p-de 1-6 kohaselt hankekorrast sätestatakse muu hulgas: 1) riigihanke planeerimise, sealhulgas iga-aastase hankeplaani koostamise ja kinnitamise kord ning tähtpäev; 2) riigihanke eest vastutava isiku määramine, sealhulgas hankelepingu täitmise eest vastutava isiku määramine; 3) alla lihthanke piirmäära jäävate asjade ostmise ning teenuste ja ehitustööde tellimise kord; 4) vajaduse korral sotsiaal- ja eriteenuste, sealhulgas maksumusega alla sotsiaal- ja eriteenuste riigihanke piirmäära, tellimise kord, välja arvatud kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas; 5) vajaduse korral kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas lihtsustatud korras tellitavate teenuste, sh. maksumusega alla kaitse- ja julgeolekuvaldkonna lihtsustatud korras tellitavate teenuste piirmäära, tellimise kord; 6) meetmed huvide konflikti ennetamiseks, tuvastamiseks ja kõrvaldamiseks riigihankel, kui need meetmed ei ole kindlaks määratud muus organisatsioonisiseses töökorraldust käsitlevas dokumendis.

RHS u.r § 9 lg 6 sätestab, et hankekord ja hankeplaan on avalikud. Hankija peab avaldama hankekorra ja iga-aastase hankeplaani oma veebilehel (RHS u.r § 9 lg-d 7-8). Hankija kinnitas, et uus hankekord koos hankeplaaniga avaldatakse Hankija veebilehel koheselt pärast 2018. aasta hankeplaani kinnitamist.

2.3. E-hanked

Kontrollitaval ajavahemikul on Hankija kajastanud eRHR-is kokku 111 riigihanget, millest e-menetusena on läbi viidud 99 riigihanget. eRHR-is kajastatud Elering AS-i riigihangete kogumaksumuseks oli 2016. aastal 60 378 420,83 eurot. E-menetlustega riigihangete kogumaksumus moodustas eRHR-is 2016. aastal kajastatud kõigi riigihangete kogumaksumusest 89,2%.

Seega on Hankija täitnud RHS § 55 lg-st 7 tulenenud kohustuse, mille kohaselt pidi hankija 2016. aastal võimaldama pakkumuste ja taotluste elektroonilist esitamist vähemalt 50% ulatuses hankija eelarveaastal planeeritavate riigihangete rahalisest mahust.

Nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilisele esitamisele ning elektrooniliselt esitatud pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste avamisele olid ette nähtud Vabariigi Valitsuse 06.05.2010 määruses nr 56 „Pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise kord ning nõuded pakkumuste ja hankemenetluses osalemise taotluste elektroonilise esitamise ja elektroonilise oksjoni läbiviimise seadmetele“.

RHS § 55 lg-s 7 nimetatud kohustuse kehtestamisel [RT I, 31.12.2010, 2] oli seadusandja lähtunud eelkõige eesmärgist, et e-vahendite kasutamine riigihangetel võimaldab tõsta hankijate efektiivsust ja teadlikkust riigihangetest, kiirendada hankemenetlust ning parandada väikeettevõtete ligipääsu avalikele hangetele (vt. Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu [860 SE] teise lugemise juurde, lk 3).

Rahandusministeerium on nõustamistegevuses selgitanud, et kuigi riigihangete all tuleb mõista kõiki hankija poolt ostetavaid asju ja tellitavaid teenuseid ning ehitustöid alates esimesest eurosendist (RHS § 2 lg 2), võib nõutud rahalise mahu täpne väljaselgitamine osutada praktikas keeruliseks ja protsenditäpsuse saavutamine ei ole ka eesmärk iseenesest. Hankijal oli võimalik lähtuda RHS § 55 lg-st 7 tuleneva kohustuse täitmisel vähemalt nendest riigihangetest, mis olid alustatud eRHR-is.

Rahandusministeerium juhib Hankija tähelepanu ka RHS u.r § 45 lg-le 1 ja § 238 lg-le 3, millest tulenevalt peab alates 18.10.2018 kogu riigihankega seotud teabevahetus hankija ja ettevõtja vahel, sh. riigihanke alusdokumentide kättesaadavaks tegemine, pakkumuse, taotluse ning selgituste esitamine, toimuma üldjuhul elektrooniliselt. RHS u.r § 220 lg 1 sätestab, et (alates RHS u.r jõustumisest 01.09.2017) kuni 17.10.2018 peab hankija võimaldama riigihankega seotud teabevahetust hankija ja ettevõtja vahel, sh. hankedokumentide kättesaadavaks tegemist, taotluse, pakkumuse ja selgituste esitamist elektrooniliselt vähemalt 70% ulatuses registris alustatud riigihangete arvust.

2.4. Pakkumuste avamise aeg

RHS § 31 lg 2 p 14 kohaselt pidi hankedokumentides sisalduma pakkumuste avamise täpne koht ja aeg, kui RHS-is ei ole sätestatud teisiti või vastav teave ei ole nimetatud hanketeates. Vastavalt RHS § 46 lg-le 1 pidi hankija avama pakkumused hanketeates, hankedokumentides või pakkumuse esitamise ettepanekus näidatud ajal ja kohas. E-menetlusena läbiviidatavate riigihangete osas ei sätestanud RHS erisusi seoses pakkumuste avamise tähtpäeva määramise ja sellest kinnipidamise kohustusega. Seega ka e-menetlusega riigihankes pidi pakkumuste avamine toimuma hanke alusdokumentidega määratud ajal.

Rahandusministeerium on nõustamisfunktsiooni täitmisel selgitanud, et pakkumuste avamise aeg on hankija enda otsustada ja hanketeates või hankedokumentides sätestada – seda ka e-menetlusena korraldatavas riigihankes. E-riigihangete keskkond on arendatud selliselt, et oleks võimalik pakkumuste avamise protseduuri mugavalt korraldada läbi e-keskkonna. RHS § 46 lg 4 alusel pidi hankija võimaldama pakkuja(te)l või nende volitatud esindajatel viibida pakkumuste avamise juures. Seaduses ei olnud pakkujate avamise juures viibimise osas ette nähtud erisusi, mistõttu ka e-hankes pidi pakkujatel või nende esindajatel soovi korral olema võimalik avamise juures viibida või jälgida pakkumuste avamist riigihangete registris ning seega pidi riigihanke alusdokumendis olema täpsustatud nii pakkumuste avamise täpne aeg (kuupäev ja kellaeg) kui ka koht.

Kuigi hankija ei olnud lihthanke korraldamisel kohustust lähtuda RHS § 31 lg-st 2 ja §-st 46, oli hankija RHS § 3 p-des 2-3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt kohustatud järgima enda poolt kehtestatud tingimusi ka lihthankes (RHS § 18²), lihtsustatud korras tellitava teenuse riigihankes (RHS § 19) ja alla lihthanke piirmäära jäävas riigihankes. Vastuspildisel juhul ei oleks tagatud riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus ning isikute võrdne kohtlemine võiks sattuda ohtu.

Seega peab hankija alati olema seotud enda poolt kehtestatud riigihanke alusdokumentidega – kui hankija eirab iseenda kehtestatud korda, võidakse sellega ühtlasi rikkuda riigihanke aluspõhimõtteid, nt. riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning riigihankes osalevate või osalemisest huvitatud isikute võrdse kohtlemise nõudeid, aga ka hea halduse tava.¹

Rahandusministeerium tuvastas järelevalvemenetluse käigus valimisse kuulunud riigihangete kontrollimisel, et avatud hankemenetlusega riigihankes "Eelprojekti koostamine L0188, L027, L026 ja L025 juhtme vahetuseks AC-150 vastu – ning liinide L189; L186 ja L185 mastide seisukorra ja jääkväärtuse selgitamiseks" (RH viitenumbri 181338) ei ole pakkumuste avamine toimunud hanketeates määratud kellaajal. Pakkumused on avatud hanketeates märgitust mitu tundi hiljem, pärast tööpäeva lõppu. Hanketeate kohaselt oli Hankija kohustatud avama pakkumused 18.01.17 kell 10:00 (vt. HT osa IV p. 3.7). eRHR-ist („hanke süsteemsed teavitused“) nähtub, et pakkumuste avamine toimus alles kell 19:44.

Hankija selgitas järelevalvemenetluse käigus kontrollijale, et: *"Hankedokumentide (HD „Osa 1 Juhised pakkujatele“) punktis 9.1 oli ette nähtud, et pakkumused avatakse 18.01.2017, kuid pärast kella 10:00-i. Pakkumuste avamise protokoll on koostatud samal päeval. Arvestades, et pakkumuste avamine toimub riigihangete registri vahendusel, mis tagab hankemenetluse raames pakkumuste avamise läbipaistvuse ning asjaolu, et (enne pakkumuste avamist) Hankija ei tea, kes millise sisu ja hindadega on pakkumuse esitanud, siis ei ole pakkujaid ebavõrdselt koheldud ning ei ole rikutud RHS-is sätestatud üldpõhimõtteid. Samuti ei näe RHS ette, et pakkumuste avamise aeg tuleks määrata kellaajalise täpsusega. Hankija koormust arvestades on paratamatu, et töökorraldus ei võimalda kõiki pakkumusi kohe pärast nende esitamise tähtaega avada. Selline vajadus oli RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtete järgmiseks vajalik enne elektroonilisele menetluse üleminekut, kuid elektroonilise menetluse puhul ei kellegi huve kahjustatud. Seda enam, et hankija pidi kooskõlas RHS § 46 lg-ga 3 edastama pakkujatele protokollis alles 3 tööpäeva jooksul pärast pakkumuste avamist."*

Järelevalvemenetluses leidis kinnitust, et HD osa 1 p-s 9.1 oli Hankija kasutanud järgmist sõnastust: *"9.1 Hankija avab pakkumused Riigihangete Registris 18.01.2017. a. pärast kella 10:00."* Sellele vaatamata leiab Rahandusministeerium, et pakkumuste avamine oleks pidanud toimuma hanketeates märgitud kellaajal. Esiteks, ennetamaks võimalikke vastuolusid hanke alusdokumentides, oli seadusandja RHS § 31 lg-s 2 sätestanud, et hankedokumentides ei korrata teavet, mis on hanketeates juba esitatud. Teiseks, isegi kui hankija on reguleerinud ühtesid ja samasid küsimusi nii hanketeates kui ka hankedokumentides, ei tohi need olla teineteisele vasturääkivad. Hankemenetluses täpselt kindlaksmääratud ning formaliseeritud menetlusreeglitel on täita oluline roll pakkujate võrdse kohtlemise eesmärgi (RHS § 3 p 3) tagamisel (vt. RKHKo 10.05.2007, nr 3-3-1-100-06, p 14). Hankeprotsessis on juhtiv roll alati hankijal, mistõttu ebapiisavalt koostatud riigihanke alusdokumendi eest vastutab alati hankija (vt. ka RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 39) ja vastuolud riigihanke alusdokumentides ei ole lubatud.

¹ Hankemenetlus toimub RHS-is määratud avalik-õiguslike toimingute kaudu (RKHKm 20.12.1999, nr 3-3-1-48-99, p 3; RKHKm 06.02.2001, nr 3-3-1-69-00, p 1; RKHKm 15.11.2010, 3-3-1-57-10, p 22). Kuigi hankemenetlus ise ei ole küll haldusmenetlus HMS § 2 lg 1 tähenduses ning riigihangetele HMS-is ette nähtud regulatsioon üldiselt ei laiene, on hankija riigihangete korraldamisel seotud õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse põhimõttega (RKHKo 15.03.2006, nr 3-3-1-5-06, p 15), millest omakorda võib järeldada, et õiguse- ja haldusmenetluse üldpõhimõtete üldine kasutamise kohustus valitseb ka riigihankemenetluses. Seega võivad isikute õigused olla rikutud riigihankemenetluses õiguse üldpõhimõtete ja hea halduse tava mittejärgimise tõttu. Riigihanke üldpõhimõtted kehtivad igas riigihankes, olles universaalsed. Ükski hankija saa olla oma kaalutlustes absoluutselt vaba (meelevaldne), vaid peab alati arvestama ja kaaluma huvitatud isikute õiguspäraseid huve.

Riigikohtu halduskolleegium on samuti rõhutanud just hanketeates märgitu olulisust ning hanketeate ja -dokumentide võimalike kollisioonide korral eeldanud hanketeatest lähtumist (vt. RKHKO 22.02.2012, nr 3-3-1-2-12, p 15.3). Eelõeldu näitab ilmekalt, et RHS-ist tuleneb riigihanke alusdokumentidele selge prioriteetsusjärjekord, mille kohaselt hankedokumendid peavad olema kooskõlas hanketeatega. Rahandusministeeriumi nõustamispraktikas on selgitatud, et nimetatud seisukoht on laiendatav ka lihthangetele. Juhul, kui esineb erinevusi lihthanke teate ja lihthanke dokumendi vahel, siis tuleks lähtuda lihthanke teates kehtestatud tingimustest (vt. E-riigihangete infoportaal. Riigihangete menetlemine kuni 31.08.2017 KKK, 27.07.2017. Hankija kohustused alla riigihanke piirmäära. №4, lk 20).²

Seepärast ei saanud Hankija pakkumuste avamisel hanketeatest erineval ajal tugineda ka hankedokumentide mitmetimõistetavale sõnastusele. Arvestades eeltoodut, ei pea Rahandusministeerium siinkohal vajalikuks võtta seisukohta küsimuses, kas ülalviidatud hankedokumendi sõnastus oli piisavalt selge ja täpne ning vastas RHS § 31 lg 2 p 14 nõuetele, mille kohaselt hankedokumentides peab sisalduma pakkumuste avamise *täpne aeg*. Hanketeate, sh. lihthanke teate, vormis on pakkumuste avamise kuupäev ja kellaaeg alati ette nähtud (vt. osa IV p 3.7 „Pakkumuste avamise tingimused. Pakkumuste avamise aeg: XX.XX.XXXX YY:YY“).

Ka lihthankes "Elering AS Microsoft Office Professional 2016 tarkvara litsentside ostmise" (RH viitenumbri 176508) ei ole pakkumuste avamine toimunud lihthanke teates ning lihthanke dokumendis määratud ajal (päeval). Lihthanke teate kohaselt oli Hankija kohustatud avama pakkumused 21.07.2016 kell 10:00 (vt. LHT osa IV p. 3.7). Lihthanke dokumendis kasutas Hankija järgmist sõnastust: "Pakkumused avatakse 21.07.2016.a. pärast kella 10:00 riigihangete registris" (vt. LHD p. 2.9). eRHR-ist („hanke süsteemsed teavitused“) nähtub, et pakkumuste avamine toimus tegelikult 22.07.2016, s.t nii lihthanketeates kui ka lihthanke dokumendis märgitust erineval päeval. Kuigi Hankija ei olnud kohustatud lihthanke korraldamisel lähtuma RHS §-st 46, oli RHS § 3 p-des 2-3 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõtetest tulenevalt Hankija kohustatud järgima enda poolt kehtestatud tingimusi ka lihthankes (RHS § 18²). Antud juhul ei ole Hankija LHT osa IV p-s 3.7 ja LHD p-s 2.9 kehtestatud pakkumuste avamise aega järginud.

2.5. Riigihanke aruanne ja aruande lisa

RHS § 37 lg 1 kohaselt pidi hankija esitama registrile 20 päeva jooksul pärast hankemenetluse lõppemist registri veebilehe kaudu riigihanke aruande. Hankemenetluse lõppemise alused olid loetletud ammendavalt RHS § 29 lg 3 p-des 1–7. RHS § 29 lg 4 kohaselt riigihanke ühe hankemenetluse raames osadeks jagamisel lõppes hankemenetlus pärast iga osa suhtes mõne lg-s 3 sätestatud aluse esinemist või juhul, kui lg 3 punktis 6 nimetatud otsus hankemenetluse kehtetuks tunnistamiseks tehti kogu hankemenetluse kohta.

Avaliku sektori hankijad pidid esitama registrile riigihanke aruande 20 päeva jooksul pärast hankelepingu sõlmimist ka siis, kui hankelepingu maksumus ilma käibemaksuta ületas 10 000 eurot asjade või teenuste puhul või 30 000 eurot ehitustööde puhul (RHS § 37 lg 2). Võrgustikuhankijate puhul sätestas RHS § 95 lg 3 küll erisuse, mille kohaselt RHS § 10 lg-s 3 nimetatud hankijal oli kohustus esitada registrile riigihanke aruanne üksnes pärast hankelepingu, sh. raamlepingu alusel sõlmitud hankelepingu sõlmimist, mille maksumus oli võrdne riigihanke piirmääraga või ületas seda, kuid arvestades RHS §-s 18² sätestatud pidi ka võrgustikuhankija lihthanke lõppemisel esitama eRHR-ile riigihanke aruande olenemata sellest, milline oli sõlmitud hankelepingu maksumus ning kas lihthange lõppes hankelepingu sõlmimisega või mõnel muul RHS § 29 lg-s 3 sätestatud alusel.

² E-riigihangete infoportaal. KKK, lk 20: Hankijate kohustused riigihangetel alla riigihanke piirmäära. – arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_27.7.2017.pdf (07.02.2018)

RHS § 18² lg 2 teisest lausest tulenes, et võrgustikuhankija pidi alustama lihthanget, s.t esitama lihthanke teate registrile avaldamiseks, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta oli võrdne riigihanke piirmääraga või ületas seda. Kuna lihthanke korraldamise kohustus oli seotud hankelepingu eeldatava maksumusega, olid põhimõtteliselt võimalikud ka olukorrad, kus lihthanke tulemusena sõlmitud hankelepingu maksumus oleks osutunud väiksemaks kui riigihanke piirmäär. Nimetatud juhul ei olnuks võrgustikuhankijal RHS § 95 lg 3 kohaselt riigihanke aruande esitamise kohustust, kuid lihthanke korraldamisel tulenes riigihanke aruande esitamise kohustus erinormina RHS § 18² lg-st 9, mis sätestas, et hankija esitab RHS §-s 37 sätestatud korras riigihanke aruande ja aruande lisa pärast lihthanke lõppemist RHS § 29 lg-s 3 sätestatud juhtudel.

Kui hankija oli jaganud riigihanke ühe hankemenetluse raames osadeks, pidi ta esitama riigihanke aruande 45 päeva jooksul pärast mõne osa suhtes hankelepingu sõlmimist, kui selleks hetkeks ei olnud kõigi osade suhtes esinenud mõni RHS § 29 lg-s 3 sätestatud hankemenetluse lõppemise alustest. Ülejäänud osade kohta pidi hankija esitama eraldi riigihanke aruande 45 päeva jooksul pärast mõne § 29 lg-s 3 sätestatud hankemenetluse lõppemise aluse esinemist nendest osadest mõne suhtes. RHS § 37 lg 4 pani hankijale kohustuse esitada registrile 20 päeva jooksul pärast hankelepingu või raamlepingu lõppemist riigihanke aruande lisa. Aruandluskohutus laienes ka lihthangetele (RHS § 18² lg 9) ning lihtsustatud korras tellitavatele teenustele maksumusega üle 40 000 euro (RHS § 19 lg 6).

Rahandusministeerium tuvastas järelevalvemenetluse käigus valimisse kuulunud riigihangete kontrollimisel, et riigihanke aruanne oli esitatud hilineemisega järgmiste riigihangete puhul: RH 181338 "Eelprojekti koostamine L0188, L027, L026 ja L025 juhtme vahetuseks AC-150 vastu – ning liinide L189" (Hankeleping sõlmiti 21.03.2017, kuid riigihanke aruanne on esitatud alles 26.04.2017); RH 176028 "The Study: Socio-Economic Impact Analysis of Alternative Transmission Tariffs" (Hankeleping sõlmiti 28.09.2016, kuid riigihanke aruanne on esitatud alles 14.11.2016); RH 176508 "Elering AS Microsoft Office Professional 2016 tarkvara litsentside ostmine" (Hankeleping sõlmiti 26.08.2016, kuid riigihanke aruanne on esitatud alles 20.10.2016); RH 175116 "Elektriliinide ning gaasitrasside korraliste ülevaatuste raamhange" (Hankeleping sõlmiti 09.12.2016, kuid riigihanke aruanne on esitatud alles 19.01.2017).

Riigihanke aruande lisa oli esitatud hilineemisega järgmiste riigihangete puhul: RH 172127 "L132B, L146, L147, L148, L155 isolatsiooni vahetus ning linnutõkete paigaldamine" (Hankeleping lõppes 06.07.2016, kuid aruande lisa esitati registrile alles 24.08.2016); RH 172150 "Study on the Application of Flow-Based Capacity Calculation Methodology in the Baltic States/Uuring" (Hankeleping lõppes 21.04.2017, kuid aruande lisa esitati registrile alles 22.06.2017); RH 172122 "110kV õhuliinide L019A Nõva-Aulepa (osa 1) ja L018 Rummu-Nõva (osa 2) juhtme vahetus, gabariitide korrastamine, isolatsiooni vahetamine ja linnutõkete paigaldamine" (Hankeleping lõppes 30.09.2016, kuid aruande lisa esitati registrile alles 07.11.2016); RH 176508 "Elering AS Microsoft Office Professional 2016 tarkvara litsentside ostmine" (Hankeleping lõppes 29.08.2016, kuid aruande lisa esitati registrile alles 21.10.2016).

Hankija selgitas järelevalvemenetluse käigus kontrollijale, et: *"Aruannete tähtaegne esitamine on olnud hankijal probleemiks, kuna hankeid on palju ning vastav info ei ole majas liikunud piisavalt kiiresti. Eeltoodud probleemi lahendamiseks on hankija rakendanud uue IT lahenduse, mille kohaselt saadetakse juriidilisele talitusele pärast lepingu allkirjastamist lepingu informatsioon registrisse lisamiseks."*

Rahandusministeerium palub Hankijal olla edaspidi registrile asjaomaste teadete esitamisega hoolsam. 01.09.2017 jõustunud RHS u.r §-st 83 tulenevalt on hankemenetluse ja hankelepingu lõppemisest teavitamise tähtaega pikendatud 30 kalendripäevani. Hilinemine riigihanke aruande ja aruande lisa esitamisega on üks enamlevinumaid riigihangete alaseid rikkumisi, nt. 2016. aastal läbi viidud plaaniliste järelevalvemenetluste käigus selgus, et 70% järelevalvevalimisse kuulunud hankijatest oli vähemalt üks riigihanke aruanne ja/või aruande lisa tähtaegselt registrile esitamata (vt. 2016. aasta riigihangete järelevalve kokkuvõte. Rahandusministeerium. 2017, p 4.3, lk-d 27-29). Eelnevat arvestades väärib Elering AS-i algatus infotehnoloogilise lahenduse rakendamisel järgimist ka teiste hankijate poolt. Vastav IT-lahendus võiks hõlmata ka hankelepingu lõppemise andmeid ning nende andmete eRHR-ile esitamise vajadusest teavitamist (vt. RHS u.r § 83 lg-d 7-8).

2.6. Riigihanke õigusvastane osadeks jaotamine ja lihthanke korraldamata jätmine

Menetlusreeglid ehk see, kas hankija peab korraldama lihthanke, hankemenetluse või mitte, sõltub hankelepingu eeldatavast maksumusest ning erinevateks osadeks jaotatud riigihanke korral ka kõigi osade summeeritud eeldatavast maksumusest. Hankelepingu eeldatava maksumuse määramise reeglid olid sätestatud RHS §-des 20-22, samuti pidi hankija arvestama RHS §-s 23 sätestatud riigihanke osadeks jaotamise reeglitega. Riigihanke õigusvastane osadeks jaotamine tähendab, et ühe riigihanke läbiviimiseks (kokkukuuluvate asjade ostmiseks või olemuslikult kokkukuuluvate teenuste ja ehitustööde tellimiseks) sõlmitakse enam kui üks leping ning riigihanke eeldatava maksumuse määramisel arvestatakse nende lepingute maksumust eraldi, mille tulemusel eirab hankija RHS-i nõudeid või ei täida antud hankemenetluse käigus suurema maksumusega hankelepingutele kehtivaid menetluseeskirju.

Sellest tulenevalt tähendab hankelepingute osadeks jaotamine riigihanke-eeskirjade rikkumist, kui hankija ei ole eeldatava maksumuse arvutamisel liitnud kokkukuuluvate lepingute maksumusi.³ Riigihanke (õigusvastase) osadeks jaotamise keelu rikkumiseks võidakse lugeda ka olukorda, kus hankija käitumises subjektiivset kavatsust või eesmärki seadust eirata ei tuvastatagi (vt. EKO 15.03.2012, C-574/10, *komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik*, p 49).

Riigihanke osadeks jaotamine ei olnud keelatud, kuid hankija pidi osadeks jaotamisel järgima RHS §-s 23 sätestatud. See tähendab, et hankija ei tohtinud jaotada riigihanget osadeks riigihangete seaduses riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks, eriti kui hankelepingu esemeks olid funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd.

Riigihanke osadeks jaotamisega on tegemist siis, kui hankija tellib või ostab (formaalselt) eraldi korraldatavate riigihangetega funktsionaalselt koos toimivaid või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikke asju, teenuseid või ehitustöid. RHS § 24 alusel võis riigihanke osadeks (õiguspärane) jaotamine toimuda ka ühe hankemenetluse raames. Riigihanke osadeks jaotamine oli õiguspärane tingimusel, et riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel on hankija kohaldanud kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmisele kohaldatavat korda (v.a juhul, kui tegemist oleks olnud nn väikeste osade erandiga vastavalt RHS § 23 lg-le 3, nimetatud erandit sai kuni 31.08.2017 kehtinud RHS-i kohaselt kasutada üksnes juhul, kui osadeks jaotatava riigihanke kõigi osade summeeritud eeldatav maksumus oli vähemalt võrdne rahvusvahelise piirmääraga).

Kohtupraktikas on lisaks muudele aspektidele toodud välja, et hanke kokkukuuluvuse määratlemisel võivad olla relevantssed järgmised kriteeriumid: (i) üks majanduslik või tehniline funktsioon; (ii) ajaline korrelatsioon ja muud lisaargumendid. Euroopa Üldkohus selgitas kohtuasjas T-384/10, et majandusliku ja tehnilise identsuse tuvastamine on alternatiivne, mitte kumulatiivne (vt. Euroopa Üldkohtu 23.05.2013 otsus kohtuasjas T-384/10: *Hispaania Kuningriik vs. komisjon*, p 68; Euroopa Kohtu 27.10.2005 otsus liidetud kohtuasjades C-187/04 ja C-188/04: *komisjon vs. Itaalia*, p 29).

Kohtupraktikast tulenevalt saab välja tuua, et riigihangete kokkukuuluvusele viitavad muu hulgas järgmised indikaatorid:

³ vt. E-riigihangete infoportaalil avaldatud kohandatud tõlkematerjal „Riigihangete osadeks jaotamisest“ – arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analusiid-ja-uuringud> (07.02.2018)

Originaaltekst (ingl. k): *Guideline of the (Hungarian) Public Procurement Authority on the enforcement of the prohibition on the splitting of public procurements. Public Procurement Bulletin, nr 141/2013, 29.11.2013.* – arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.kozbeszerzes.hu/mutat/1438/> (07.02.2018)

- sama majanduslik või tehniline ülesanne – põhikriteeriumina (vt. Euroopa Kohtu 05.10.2000 otsus kohtuasjas C-16/98: *komisjon vs. Prantsuse Vabariik*, p-d 36, 38 ja 47; Euroopa Kohtu 27.10.2005 otsus liidetud kohtuasjades C-187/04 ja C-188/04: *komisjon vs. Itaalia*, p 27; Euroopa Kohtu 18.01.2007 otsus kohtuasjas C-220/05: *Jean Auroux jt vs. Commune de Roanne*, p 41; Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus kohtuasjas C-574/10: *komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik*, p 37);
- riigihangete üheaegne alustamine, riigihangete ajaline lähedus, hanketeadete sarnasus, geograafilise koha ühtsus ja üheainsa hankija olemasolu – täiendavate kriteeriumitena (Euroopa Kohtu 05.10.2000 otsus kohtuasjas C-16/98: *komisjon vs. Prantsuse Vabariik*, p 65).

Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei tohi hankija eelarve planeerimisega seotud mistahes põhjused ohustada riigihanke ühefunktsionaalset olemust. Samuti on Euroopa Kohus osundanud, et ühe kokkukuuluva riigihankelepingu olemasolu hindamiseks peab kohaldama ehitustöödele kehtivaid ühe majandusliku ja tehnilise funktsiooni kriteeriume ka teiste valdkondade korral (Euroopa Kohtu 15.03.2012 otsus kohtuasjas C-574/10: *komisjon vs. Saksamaa Liitvabariik*, p 41).

Näiteks asjade ostmise korral saab ühe ja sama majandusliku ning tehnilise funktsiooni kindlaks teha selle järgi, et asjadel on sama otstarve ja need on ka sisult sarnased või täidavad funktsiooni kui koos toimivad ja omavahel seotud osad. Sarnased asjad on sellised, mida kavatsetakse kasutada samal või sarnasel otstarbel, näiteks erinevad toiduained või kontorimööbel. Vastava ala ettevõtjatel on sellised asjad tavaliselt laos olemas.⁴

Rahandusministeerium on selgitanud, et niinimetatud suvaline hangete osadeks jagamine on vastuolus riigihankedirektiivi (2004/18/EÜ) kasuliku mõjuga. Sellega kaasneks nimelt sageli kunstlik piirmääradest allapoole jäämine, millega piiratakse RHS-i ning direktiivi kohaldamisala. Euroopa Kohus rõhutab oma väljakujunenud kohtupraktikas hankedirektiivide tähtsust teenuste vabale liikumisele ja ausale konkurentsile Euroopa Liidu tasandil. Riigihangete meelevaldne ning tarbetu „tükeldamine” õõnestaks neid eesmärke.⁵

Seega vastamaks küsimusele, kas hankija peab lähtuma menetlusliigi valikul kõigi riigihanke osade summeritud maksumusest, tuleb sisuliste kriteeriumide põhjal tuvastada, kas kõnealuste hangete puhul on tegelikult tegemist ühe ühtse hankega.

Ühtsele hankele viitavad asjaolud võivad muu hulgas olla järgmised: (i) riigihangete üheaegne (ajaliselt lähestikku langev) alustamine (sh. üks eelarveaasta), (ii) hanke alusdokumentide sarnasus; (iii) hangete toimumise geograafilise koha ühtsus ning üheainsa hankija olemasolu. Riigihanke jagamine osadeks peaks põhinema faktilistel majanduslikel või tehnilistel asjaoludel, mida hankija peab vajaduse korral tõendama.

Sülearvutid

Elering AS-il oli sülearvutite, monitoride ja lisaseadmete ostmiseks 2016. aastal täitmisel kaks hankelepingut, mis olid sõlmitud lihthanke tulemusel.

⁴ E-riigihangete infoportaalil avaldatud kohandatud tõlkematerjal „Riigihangete osadeks jaotamisest“, lk-d 2 ja 3 – arvutivõrgus kättesaadav: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analuusid-ja-uuringud> (07.02.2018)

⁵ vt. E-riigihangete infoportaal. KKK, lk 8: Riigihanke piirmäärad ja eeldatav maksumus. – arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_27.7.2017.pdf (07.02.2018)

Esimene hankeleping nr 1.1-4/2015/378 lõpliku kogumaksumusega 45 397,28 eurot, mis kehtis 24.11.2015 – 24.07.2016, oli sõlmitud 2015. aastal läbiviidud lihthanke tulemusel (RH 168936 "Elering AS PC arvutite, monitoride ja lisaseadmete ost"). Teine hankeleping nr 1.1-4/2016/703 maksumusega 110 385,50 eurot, mis kehtis 08.11.2016 – 08.11.2017, oli sõlmitud 30.09.2016 alustatud lihthanke tulemusel (RH 178394 "Elering AS PC arvutite, monitoride ja lisaseadmete ostmise 2016"). Mõlema hankelepingu esemeks oli sülearvutite, monitoride, pordilaiendite ja teiste lisaseadmete ostmise ning mõlemad hankelepingud olid sõlmitud MarkIT Eesti AS-ga, registrikood 10028637.

Järelevalvemenetluse käigus leidis tuvastamist, et lisaks eelnimetatud ostudele on Hankija soetanud 2016. aastal sülearvuti koos lisaseadmetega selleks lihthanget või hankemenetlust eelnevalt korraldamata. Elering AS-i kuluandmete kohaselt tasus Hankija 2016. aastal Thinkshop OÜ-le, registrikood 11341313, 19.10.2016 tellimuse ning 20.10.2016 arve nr 904010 alusel sülearvuti komplekti (koos monitori ja pordilaiendiga) Lenovo ThinkPad T460p i7 ostuhinnana 2 086,25 eurot. Nimetatud arvutikomplekti ostmisele ei ole eelnenud lihthanget ega hankemenetlust. Samuti ei ole sõlmitud kirjalikus vormis hankelepingut.

Hankija esitas kontrollijale järelevalvemenetluses kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis tõendid selle kohta, et Thinkshop OÜ-lt sülearvutikomplekti tellimisele eelnes 14.10.2016 e-posti teel pakkumuse esitamise ettepaneku tegemine kolmele ettevõtjale. Pakkumuse esitamise ettepanek tehti muu hulgas ka lihthangetes edukalt osalenud MarkIT Eesti AS-le. Hankija märkis, et pakkumused tuleb esitada elektronposti teel hiljemalt 18.10.2016 kell 15:00. Hankija nimetas pakkumuse esitamise ettepanekut "Sülearvuti Lenovo ThinkPad ostumenetluseks".

Hankija juhatuse otsusega 03.11.2015 kinnitatud hankekorra p-s 2.4 toodud definitsiooni kohaselt on ost (hankekorra tähenduses) – hange, mille eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on väiksem kui kümme tuhat eurot asjade ostu või teenuste tellimise puhul ja kolmkümmend tuhat eurot ehitustööde tellimise puhul. Hankekorra p-i 7.4 kohaselt küsitakse ostumenetluses pakkumusi võimaluse korral vähemalt kolmelt pakkujalt, andes viimastele mõistliku tähtaja pakkumuse tegemiseks. Vastavalt hankekorra p-le 7.10 teostatakse ost, mille rahaline maht on vähem kui viis tuhat eurot ilma käibemaksuta, tellimiskirja alusel, s.t kirjalikku hankelepingut eraldi vormistamata.

Seega on Hankija "Sülearvuti Lenovo ThinkPad ostumenetluse" läbiviimisel lähtunud eeldusest, et kõnealuse riigihanke eeldatav maksumus jääb alla viie tuhande euro ning kaalumata vajadust lähtuda kõigi 2016. aastal ostetud ja ostetavate sülearvutite summeeritud maksumusest, ekslikult järeldanud, et tegemist on ostumenetlusega hankekorra tähenduses. Teisisõnu, Hankija ei ole kõnealuse sülearvutikomplekti ostmiseks korraldatava riigihanke eeldatava maksumuse määramisel võtnud arvesse samal eelarveaastal (2016. aastal) juba ostetud ning Hankijale teadaolevalt samal 2016. aastal veel ostetavaid arvuteid.

Järelevalvemenetluses võttis Hankija omaks, et ülalnimetatud sülearvutikomplekti ostmiseks lihthanget ega hankemenetlust läbi ei viidud. Hankija selgitas, et: *"2015. aastal korraldas Elering AS arvutite hanke, mille hankeleping lõppes 24.07.2016. 2016. aastal korraldas hankija uue hanke, millele pakkumuste esitamise tähtaeg oli 24.10.2016. Thinkshop OÜ-st on üks sülearvuti soetatud kahe hanke vahele jäänud perioodil ühe sülearvuti erandkorras asendamiseks. 2016. aastal korraldatud PC hanke (viitenumber 178394) eeldatava maksumuse määramisel ning hankemenetluse liigi arvestamisel on arvesse võetud ka nimetatud arvuti vajadusega."*

Rahandusministeeriumi arvates on Hankija sülearvutikomplekti Lenovo ThinkPad ostmiseks ostumenetluse korraldamisel eksinud riigihanke erinevate osade summeerimise nõude vastu. Hankija oleks pidanud kõnealuse sülearvutikomplekti ostmisel riigihanke eeldatava maksumuse ja kohaldamisele kuuluva menetlusliigi valikul võtma arvesse kõikide samal eelarveaastal ostetud ja ostetavate sülearvutite maksumusi, s.t arvesse tulnuks võtta ka hankelepingute nr 1.1-4/2015/378 (RH 168936) ja nr 1.1-4/2016/703 (RH 178394) alusel MarkIT Eesti AS-le makstavaid summasid, mis 2016. aastal moodustasid kokku 78 174,34 eurot.

Hankija oleks pidanud kõikide sülearvutite eeldatavad maksumused summeerima ning riigihanke menetluse liigi valimisel lähtuma nende summeeritud kogumaksumusest.

RHS § 23 lg 1 sätestas, et hankija ei või jaotada riigihanget osadeks RHS-is riigihanke teostamiseks kehtestatud korra või nõuete eiramiseks, eriti kui hankelepingu esemeks on funktsionaalselt koos toimivad või sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad, teenused või ehitustööd. RHS § 23 lg 2 järgi osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel kohaldatakse kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda.

RHS § 23 lg-s 2 sätestatu kujutab endast hankelepingute osadeks jaotamise keelu, mis on kehtestatud RHS § 23 lg-s 1, peegelpilti. Ümbersõnastatuna, kui samaliigilisi asju ostetakse ositi, siis üldjuhul tuleb eeldatava maksumuse arvutamisel kõigi ositi ostetavate asjade maksumused liita ning igale ositi ostetavale asjale kohaldatavad eeskirjad peavad olema määratletud kooskõlas nende summeeritud eeldatava kogumaksumusega.

Lihthangete nr 168936, nr 178394 ja ostumenetluse esemeks olid samaliigilised, funktsionaalselt koos toimivad ja sama eesmärgi saavutamiseks vajalikud asjad. Sisuliselt on seda möönnud ka Hankija ise, väites, et ostumenetlusega soetati sülearvutikomplekt *ühe sülearvuti erandkorras asendamiseks* lihthanke nr 168936 ja lihthanke nr 178394 vahelisel ajal. Lihthanke nr 178394 ja ostumenetluse läbiviimine on toimunud ajaliselt lähestikku. Ostumenetluses pakkumuse esitamise ettepaneku tegemise ajaks (14.10.2016) oli Hankija juba alustanud lihthanget nr 178394 (liht-hanketeade avaldati eRHR-is 30.09.2016). Seega oli ostumenetluse korraldamisel Hankijale teada nii see, millises summas on jooksval eelarveaastal sülearvuteid juba ostetud, kui ka see, millises summas kavatsetakse sülearvuteid veel juurde osta.

Rahandusministeerium peab vajalikuks täiendavalt selgitada, et tulenevalt asjaolust, et sülearvutite summeeritud kogumaksumus jäi allapoole rahvusvahelist piirmäära, ei olnud Hankijal võimalik ostumenetluse korraldamisel tugineda ka RHS § 23 lg-s 3 sätestatud väikeste osade erandile, mille kohaselt juhul, kui osadeks jaotatava riigihanke kõigi osade summeeritud eeldatav maksumus oli võrdne rahvusvahelise piirmääraga või ületas seda, võis hankija kalduda kõrvale RHS § 23 lg-s 2 sätestatud nõuetest ja kohaldada mõne osa suhtes hankelepingute sõlmimisel vastava osa eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimise korda, eeldusel et nende osade kogumaksumus ei ületa 20% kogu riigihanke eeldatavast maksumusest ja iga sellise osa maksumus ilma käibemaksuta on asjade või teenuste hankelepingute korral alla 80 000 euro ning ehitustööde hankelepingute korral alla 1 miljoni euro. Samuti juhul, kui ühe sülearvuti erandkorras kiire asendamine oleks olnud tingitud Hankija jaoks ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmisest vajadusest, mis ei võimaldanud Hankijal kinni pidada RHS §-des 35 või 96 sätestatud tähtaegadest (vt. RHS § 94 lg 1 p 4), tulnuks Hankijal kõnealuse sülearvuti ostmiseks korraldada väljakuulutamisetähtaegadega läbirääkimistega hankemenetlus. Hankija aga lähtus kahe lihthanke vahelisel ajal täiendava sülearvuti-komplekti ostmisele kohalduva menetluskorra kindlaksmääramisel selle eraldivõetud maksumusest, arvestamata RHS § 23 lg-tes 1 ja 2 ette nähtud osadeks jaotamise regulatsiooni. See tähendab, et Hankija ei kohaldanud kõigi riigihanke osade summeeritud eeldatavast maksumusest lähtuvat korda.

RHS § 23 lg-tes 1 ja 2 ei tulenenud, et hankija oleks olnud kohustatud korraldama eri hankeosade kohta hankelepingu(-te) sõlmimiseks ühe hankemenetluse, kuid osadeks jaotatud riigihanke iga osa kohta hankelepingu sõlmimisel tulnuks kohaldada kõigi osade summeeritud eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimisele kohaldatavat korda.

Hankija saanuks valida, kas korraldada summeeritud maksumust arvesse võttes, üks riigihanke-menetlus (sh. jaotada riigihanke osadeks ühe hankemenetluse raames vastavalt RHS §-le 24) või mitu riigihankemenetlust (antud juhul lihthanget). Seejuures on oluline, et Hankija oleks kõikides riigihanke osades menetlusreeglite kohaldamisel ning hankelepingu sõlmimisel lähtunud nende summaarsest kogumaksumusest. Seega seaduse järgimiseks ei olnud piisav, et Hankija arvestas ostumenetlusega soetatud sülearvuti maksumust 2016. aasta sügisel läbi viidud lihthanke 178394 eeldatava maksumuse määramisel ning relevantse menetlusliigi valikul.

Hankeesemete summeerimata jätmisest tingitult oli Hankija poolt jäetud lihthangete teel sõlmitud hankelepingute kehtivuse vahele jäänud ajal asendusarvuti ostmisel lihthange õigusvastaselt korraldamata (RHS § 23 lg-d 1-2, § 15 lg 1 p 2, § 16 lg 4, § 18² lg 2). RHS § 16 lg 4 sätestas, et RHS § 10 lg-s 3 nimetatud hankija ei ole kohustatud käesolevas seaduses sätestatud korras hanke menetlust korraldama, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta on väiksem kui rahvusvaheline piirmäär. Sellisel juhul pidi hankija lähtuma hankelepingu sõlmimisel RHS §-st 18², mille lg 2 teise lause kohaselt pidi võrgustikuhankija esitama lihthanke teate registrile avaldamiseks, kui hankelepingu eeldatav maksumus ilma käibemaksuta oli võrdne riigihanke piirmääraga (asjade hankelepingu korral 40 000 eurot km-ta) või ületas seda.

Samuti on relevantne juhtida Hankija tähelepanu asjaolule, et lihthanke korraldamisel ei ole lubatud lihthanke dokumendis kindla kaubamärgi nimetamine. Ostumenetluse pealkirjaks oli "Sülearvuti Lenovo ThinkPad".

RHS § 18² lg 4 sätestas, et lihthanke dokumendi koostamisel lähtub hankija muu hulgas RHS §-des 32 ja 33 sätestatust. RHS § 33 lg 7 kohaselt tehnilistes kirjeldustes ei olnud lubatud nimetata kindlat ostu-alkat, protsessi, kaubamärki, patenti, tüüpi, päritolu ega tootmisviisi, mis võiks anda mõnedele pakkujatele või toodetele eeliseid teiste ees või nende osaluse välistada. See keeld ei kehtinud (üksnes) juhul, kui see oli hankelepingu esemest tulenevalt vältimatult vajalik põhjusel, et tehnilise kirjelduse koostamine lg-tes 1 ja 3 sätestatud alustel ei võimaldanud hankelepingu eset piisavalt täpselt ja mõistetavalt kirjeldada. Sellisele viitele tuli aga alati lisada märke «või sellega samaväärne». Hankeeseme (sülearvutite ostmise) olemust arvestades, oli Rahandusministeeriumi hinnangul Hankijal võimalik kirjeldada hankelepingu eset mõistetavalt ja piisavalt täpselt ka konkreetseid tooteid, tootjaid ja kaubamärke nimetamata. Kui tehnilise kirjelduse koostamisel viidatakse konkreetsele tootele, tuleb alati anda võimalus konkureerida ka samaväärsel tootel (vt TlnHKo 13.12.2011, nr 3-11-2614, lk-d 4-6). Viidatud tõlgendust toetab ka Euroopa Komisjoni praktika, nt. 13.10.2004 märgukiri IP/04/1210 (*Commission examines discriminatory specifications in supply contracts for computers in four Member States*) ja 04.04.2006 märgukiri IP/06/443 (*Commission takes action against Spain to correct breaches of EU law*), kus hangitavate arvutite ühe alamkomponendi kaubamärgipõhine piirang, isegi koos märkega „või samaväärne“, põhjustas märgukirjades viidatud asjaoludel märgukirjade esitamise. Haldusasjas nr 3-10-3225 on Tallinna Ringkonnakohus samuti rõhutanud, et tehnilise kirjelduse koostamisel ei ole konkreetsele tootele või kaubamärgile viitamine lubatud muidu kui RHS § 33 lg 7 teises lauses sätestatud juhul ning sama löike kolmandas lauses toodud kujul (koos märkega „või sellega samaväärne“). Ebamugavused, mis seonduvad nt. seadmete võimaliku mitteühilduvuse ja hankija personali ümberõppega, ei ole ühelgi juhul piisavad õigustamiseks RHS § 33 lg 7 eiramist. Hankija saab küll tehnilise kirjelduse koostamisel näha ette nt. seadmete koosvõime tingimused, kuid arvestades RHS § 33 lg-s 8 sätestatud põhimõtet ei tohi tehniline kirjeldus siiski sisaldada selliseid tingimusi, et neile vastaks üksnes üks toode, kaubamärk või pakkuja (vt. TlnRKO 01.03.2011, nr 3-10-3225, p-d 15-18).

Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. a direktiivi 2007/66/EÜ (nn õiguskaitsemeetmete direktiivi) p-st 13 nähtuvalt on riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide kõige tõsisemaks rikkumiseks nimetatud otselepingute sõlmimist: "Et võidelda ebaseaduslike otselepingute sõlmimise vastu, tuleks ette näha tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad karistused. Hankelepingu või raamlepingu sõlmimine, kui lepingu sõlmimisele ei ole eelnenud (käesolevas eelnõus) nõutud menetlust, kahjustab kõiki riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid, sh. konkurentsi tagamise, läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning isikute võrdse kohtlemise põhimõtteid."

Thinkshop OÜ-lt, selleks lihthanget või hankemenetlust korraldamata, 19.10.2016 tellimuskirja alusel sülearvuti Lenovo ThinkPad T460p i7 ostmine oli kuni 31.08.2017 kehtinud RHS-i kohaselt käsitletav hankelepingu sõlmimisena ilma seaduses nõutud lihthanget või hankemenetlust korraldamata. Hankelepingu sõlmimine riigihangete seaduses nõutud lihthanget või hankemenetlust korraldamata oli alates 01.01.2015 karistatav väärtelena RHS § 111⁷ lg 1 järgi. Hankelepingu sõlmimine nõutud menetlust korraldamata on karistatav ka RHS u.r § 215 järgi.

Siiski, arvestades asjaoluga, et alates 01.09.2017 kehtiva riigihangete seaduse kohaselt on väikeste osade erandit lubatud kasutada ka allapoole rahvusvahelist piirmäära jääva kogumaksumusega riigihankes (*RHS u.r § 28 lg 3 järgi võib hankija kohaldada osadeks jaotatava riigihanke mõne osa suhtes hankelepingute sõlmimisel vastava osa eeldatava maksumusega hankelepingu sõlmimise korda eeldusel, et nende osade kogumaksumus ei ületa 20 protsenti kogu riigihanke eeldatavast maksumusest*), ei too ülalnimetatud rikkumine antud juhul kaasa väärteomenetluse alustamist, sest KarS § 5 lg 2 kohaselt on seadusel, mis välistab teo karistatavuse, kergendab karistust või muul viisil leevendab isiku olukorda, tagasiulatav jõud isiku suhtes, keda ei ole selle teo eest jõustunud otsusega karistatud.

Tegemist on igauhe põhiõigusena sätestatud *nulla poena sine lege* põhimõtte loogilise jätkuna (PS § 23 lg 2). Kuigi põhiseaduse kõnealusel sättes räägitakse otsesõnu vaid kergema karistuse kohaldamise kohustusest, tuleb seda sätet siiski tõlgendada laiendavalt. Kergemat karistust sätestava seadusena tuleb mõista ka seadust, mis välistab üldse teo karistatavuse või asendab kriminaalkaristuse väärteokaristusega (vt. RKÜKo 02.06.2008, nr 3-4-1-19-07, p 20; RKKKo 08.05.2015, nr 3-1-1-30-15, p 7). Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on isiku süüditunnistamine ja karistamine KarS § 5 lg-te 1 ja 2 kohaselt võimalik üksnes juhul, kui tema tegu on olnud jätkuvalt karistatav igal ajahetkel arvates teo toimepanemisest kuni kohtuotsuse (väärteoasjades ka kohtuvälise menetleja otsuse) jõustumiseni. Isiku süüditunnistamine ja karistamine on välistatud nii siis, kui kohus leiab, et isiku tegu ei vasta toimepanemise ajal kehtinud kuriteokoosseisule, kui ka juhul, mil teo karistatavus on ära langenud alles hiljem (vt. RKKKo 03.11.2010, nr 3-1-1-84-10, p 20).

Blanketsete süüteokoosseisude eesmärk on vältida vajadust kirjutada karistusõiguslikult tagatud regulatsioon karistusseadusesse ümber, mis oleks enamikel juhtudel ka normitehniliselt üle jõu käiv. Olemuslikult on karistusseaduse blanketti sisustav õigusnorm blanketse süüteokoosseisu lahutamatu ja "täisväärtuslik" osa, millest tulenevatele koosseisutunnustele laienevad kõik KarS-i üldosa sätted ja põhimõtted. Nende hulgas ka kergendava karistusseaduse tagasiulatava jõu põhimõtte (KarS § 5 lg 2). Näiteks on Riigikohtu kriminaalkollegium seoses riigihankealaste süütegudega leidnud, et juhul, kui pärast teo toimepanemist muutub seadus, mis kohustab ameti-isikut korraldama ehitustööde riigihanget varasemast kõrgema tellimuse kogumaksumuse puhul, tuleb riigihanke korraldamata jätmise hindamisel lähtuda uuest piirmäärast (RKKKo 05.05.2006, nr 3-1-1-21-06, p 10.2).

Kuni 31.08.2017 kehtinud RHS §-s 111⁷ ja alates 01.09.2017 kehtivas RHS u.r §-s 215 sätestatud süüteokoosseis on blanketne ehk viiteline – kõiki koosseisutunnuseid ei ole karistusnormi dispositsioonis täies mahus välja kirjutatud, vaid osutatakse "käesolevas seaduses nõutud menetluse" korraldamata jätmisele. Arvestades, et 19.10.2016 tellimuskirja alusel ostetud sülearvuti maksumus eraldivõetuna (2 086,25 eurot) ei ületanud 20% kogu riigihanke eeldatavast maksumusest, välistab RHS u.r § 28 lg 3 kirjeldatud teo karistatavuse sootuks. Alates 01.09.2017 ei oleks nimetatud ostu tegemiseks lihthankemenetluse ega hankemenetluse korraldamine nõutud. Seega puudub Rahandusministeeriumil väärteomenetluse alustamiseks õiguslik ja faktiline alus. RHS u.r §-st 215 (selle koostoimes RHS u.r § 28 lg-ga 3) tulenevalt ei ole Hankija käitumises võimalik süüteokoosseisu tunnuseid sedastada. VTMS § 29 lg 1 p-de 1 ja 6 kohaselt väärteomenetlust ei alustata ja alustatud menetlus tuleb lõpetada, kui teos puuduvad väärteotunnused või kui seadus, mis nägi ette karistuse väärteo eest, on kehtetuks tunnistatud.

3. Tähelepanekud ja soovitused

3.1. Võõrkeelsed hankedokumendid

Mitmes avatud hankemenetlusega riigihankes (sh. RH viitenumbriid 170615, 173422) oli Hankija koostanud ja avaldanud eRHR-is hankedokumendid üksnes inglise keeles.

Järelevalvemenetluses on Hankija möönnud, et on teadlik e-riigihangete infoportaalis korduma kippuvate küsimuste (KKK)⁶ rubriigis avaldatud juhustest, mille järgi tuleks hankedokumendid koostada eesti keeles. Samas on Hankija arvamisel, et KKK puhul ei ole tegemist seadusega ning Elering AS ei ole ka haldusasutus. Kontrollvisiidi käigus Hankija selgitas, et hankedokumendid olid koostatud ainult inglise keeles, kuna Hankijale ei ole teada vastava teenuse osutajaid Eestis. Hankija on seisukohal, et inglise keel on Euroopa Liidu ametlik keel ning pakkujad ei ole esitanud soovi dokumentide saamiseks eesti keeles, seepärast ei ole Hankija arvates RHS §-s 3 toodud üldpõhimõtteid rikutud.

Rahandusministeeriumi jääb KKK-s ja nõustamispraktikas⁷ väljendatud seisukohtade juurde. Eesti Vabariigi põhiseaduse (PS) preambulis on rõhutatud, et Eesti riik peab tagama eesti rahva, keele ja kultuuri säilimise läbi aegade. Eesti keele kandmine põhiseaduse preambulis teiste aluspõhimõtete hulka tähendab eesti keele tunnistamist rahvuse südamikuna.⁸ PS § 6 sätestab, et Eesti riigikeel on eesti keel. PS § 52 kohaselt on riigiasutuste ja kohalike omavalitsuste asjaajamiseks eesti keel. Asjaajamine on igasugune ametlik suhtlemine ja ametlike dokumentidega seonduv tegevus, näiteks koosolekute ja istungite pidamine või dokumentide koostamine ja kasutamine. Teisisõnu, asjaajamisekeelt PS § 52 mõttes tuleb mõista laias tähenduses.⁹

Keeleseaduse (KeeleS) § 10 lg 1 teise lause kohaselt *laieneb eestikeelse asjaajamise nõue ka riigi enamusosalusega äriühingule*, riigi asutatud sihtasutusele ning riigi osalusega mittetulundusühingule. Keeleseaduse eelnõu seletuskirjas on § 10 lg 1 ls 2 kohta märgitud, et: "Siin on silmas peetud eelkõige selliseid ettevõtteid nagu nt Eesti Energia – enamasti tegelevad need ka mõne avaliku teenuse osutamisega ning riik peab enamusomanikuna suutma eestikeelse asjaajamise ja suhtlemise tagada. Eestikeelse asjaajamise nõue laieneb ka riigi asutatud sihtasutustele ning riigi osalusega mittetulundusühingutele."¹⁰

Eestikeelse asjaajamise nõude osas ei sätesta mingeid erisusi ka riigihangete seadus, mistõttu ei ole Hankijal kohustust pakkujatega suhelda mõnes muus keeles – küll aga on Elering AS-il kui riigi enamusosalusega äriühingul kohustus tagada eestikeelne asjaajamine. Juhul, kui Hankija leiab, et tal on mõistlikult võimalik suhelda mõne pakkujaga ka võõrkeeles, tuleb kindlasti tagada, et seesama info saaks vahendatud teistele pakkujatele või pakkumuse esitamisest huvitatud isikutele ka eesti keeles.

Eelnevat kokku võttes leiab Rahandusministeerium, et riigihanke alusdokumendid peavad olema kindlasti eesti keeles ja dokumentide teistes keeltes avaldamine on käsitletav Hankija hea tahte avaldusena lihtsustada välismaiste ettevõtete riigihangetes osalemist. Siiski peab Hankija seejuures vältima olukordi, kus riigihanke alusdokumendid on vastuolulised või segadust tekitavad (RKHKo 13.06.2013, nr 3-3-1-24-13, p 39).

Juhime täiendavalt Hankija tähelepanu 01.09.2017 jõustunud riigihangete seaduse (RHS u.r) § 77 lg 4 p-le 11, mille kohaselt tuleb Hankijal hanketeates või muudes hankealusdokumentides määrata pakkumuse ja muude ettevõtja esitatavate dokumentide koostamise keel või keeled, kui Hankija lubab pakkumusi esitada ka võõrkeeles.

⁶ E-riigihangete infoportaal. Riigihangete menetlemine kuni 31.08.2017 KKK, 27.07.2017. Hankedokumendid. № 1.5, lk-d 49-50: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_27.7.2017.pdf (07.02.2018)

⁷ viimati 19.12.2017 vastatud samateemaline nõustamispäring (Rail Baltic Estonia OÜ: "Kas riigihanke hankedokumendid võivad olla üksnes võõrkeeles (inglise keeles)?")

⁸ vt. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 2017, lk 38, p 16.

⁹ *Ibid*, lk 545, p 2.

¹⁰ vt. Keeleseadus. Eelnõu (808 SE I). Seletuskiri, lk 5. – arvutivõrgus kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/faq_files/kkk_27.7.2017.pdf (07.02.2018)

Seega tuleneb kehtivast RHS-ist, et eesti keeles pakkumuse esitamine peab olema lubatud alati ja mõõndusteta ning teist keelt saab määrata juhul, kui Hankija lubab pakkumusi esitada lisaks veel ka mõnes võõrkeeles. Juhul, kui Hankija lubab pakkumusi esitada mitmes keeles, siis see tähendab, et pakkuja saab ise valida, millises keeles ta pakkumuse koostab ega pea sealjuures kõiki pakkumuse dokumente hakkama eesti keelde tõlkima. See tähendab, et kui Hankija lubab pakkumusi ja muid dokumente esitada nii eesti kui inglise keeles, siis pakkujatele, kes soovivad ainult inglise keeles esitada, eestikeelse asjaajamise nõude tõttu täiendavat töökoormust ei lisandu.

Kuigi keeleseaduses sätestatud nõuete järgimise üle ei teosta riiklikku ja haldusjärelevalvet Rahandusministeerium, soovitame eeltoodust lähtudes Hankijal edaspidi arvestada eestikeelse asjaajamise nõudega ka riigihangete läbiviimisel.

4. Järeldused

Enamjaolt vastab riigihangete korraldus Elering AS-is seaduses sätestatud nõuetele ning võttes arvesse riigihangete arvu ja iga-aastaseid hankemahtusid, samuti riigihangete ettevalmistamise, läbiviimise ja kontrollimisega tegeleva personali väikesearvulisust (eraldi hankeosakond vms struktuuriüksus ettevõttes puudub ning riigihankealaseid ülesandeid täidab üks hankespetsialist, keda abistab ja juhendab juriidilise talituse juhataja), on riigihanked läbi viidud kõrgel professionaalsel tasemel. Kontrollimise käigus tuvastati küll üksikuid kõrvalekaldumisi RHS-is sätestatud korrast, nt. seoses ühe lihthanke korraldamata jätmisega, pakkumuste avamisega riigihanke alusdokumendis ettenähtust hiljem ning riigihanke aruande ja aruande lisa mittetähtaegse esitamisega, kuid nimetatud kõrvalekaldumised on pigem erandlikud üksikjuhtumid, mitte süsteemset laadi rikkumised, mis ohustaksid riigihangete läbiviimise üldist taset. Süsteemset laadi rikkumisi, mis vajaksid kontrollaktis põhjalikku käsitlemist, järelevalvemenetluse käigus ei tuvastatud. Eraldi tunnustust väärrib e-hangete järjekindel juurutamine, tänu millele oli e-hangete osakaal juba 2016. aastal ligilähedane 100%-le.

(allkirjastatud digitaalselt)

Estella Põllu
osakonnajuhataja asetäitja
Riigihangete ja riigiabi osakond

Järelevalvetoiminguid teostanud ametnik:

Mihhail Antonov

jurist riigihangete järelevalve alal
Riigihangete ja riigiabi osakond
611 3468; mihhail.antonov@fin.ee